



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

PATRÍCIA NUNES ARAGÃO

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO
E OS DANOS DECORRENTES DA PRECARIIDADE
DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
Indenização justa ou “pedágio masmorra”?**

Campina Grande – PB
2014

PATRÍCIA NUNES ARAGÃO

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO
E OS DANOS DECORRENTES DA PRECARIEDADE
DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
Indenização justa ou “pedágio masmorra”?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a Flávia de Paiva Medeiros Oliveira.

Campina Grande – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A659r Aragão, Patrícia Nunes

A responsabilidade estatal por omissão e os danos decorrentes da precariedade do Sistema Prisional Brasileiro [manuscrito] : indenização justa ou "pedágio masmorra"? / Patricia Nunes Aragao. - 2014.

59 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira, Departamento de Direito Privado".

1. Responsabilidade civil do Estado. 2. Serviço penitenciário. 3. Omissão estatal. 4. Danos individuais. 5. Superior Tribunal de Justiça. I. Título. 21. ed. CDD 345

PATRÍCIA NUNES ARAGÃO

A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR OMISSÃO
E OS DANOS DECORRENTES DA PRECARIEDADE
DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
Indenização justa ou “pedágio masmorra”?

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de
Bacharelado em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba,
em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador (a): Prof.^a Flávia de Paiva
Medeiros Oliveira.

Aprovada em: 04/11/2014.

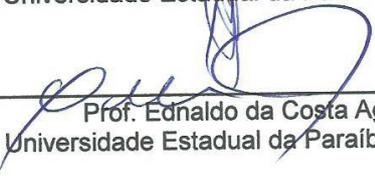
BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Flávia de Paiva Medeiros Oliveira (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Ednaldo da Costa Agra
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a esse Ser maior que o meu entendimento, a quem chamo de Deus. Sou grata pela fé que se renova todos os dias em mim e não me deixa sucumbir aos desafios.

A minha mãe, Mirian Nunes de Farias, o maior e melhor exemplo para mim; uma doce conjugação de força, coragem, generosidade e sensibilidade que tem me servido de alicerce desde o meu primeiro sopro de vida.

Aos meus tios, Eugênio, Ronaldo, Fernando, Flávio e Marcelo (e esposas), e às tias Sílvia e Tânia, que me ajudaram – cada um à sua maneira – a subir os degraus da educação.

Minha sincera gratidão às madrinhas Aldenice e Iranleide, pelas suas valiosas contribuições na minha vida de estudo.

A Priscila, Janaina, Júlio César e Juliana (*in memoriam*) – meus irmãos; a minha sobrinha, aos meus avós e primos: agradeço por me darem segurança e amor nas horas boas e ruins, por serem meu porto seguro e fazerem parte da minha essência. Sou grata ao meu pai, pelas lembranças de carinho.

Aos meus orientadores de estágio na Advocacia-Geral da União e no Ministério Público Federal em Campina Grande, em especial a Andrei e Rodrigo, pelo valioso exemplo de competência e simplicidade.

Aos colegas estagiários e servidores da AGU e do MPF, por quem adquiri um afeto especial durante a árdua caminhada de estágio e dos quais guardarei muitas boas recordações.

Aos professores e colegas da Universidade Estadual da Paraíba, meus companheiros durante cinco longos anos de dúvidas, retrocessos, avanços, persistência e, agora, de missão cumprida.

À minha orientadora e demais membros da banca examinadora, meu muito obrigado pela disponibilidade e atenção concedidas a este trabalho.

*“Conhece-te a ti mesmo e conhecerás
o universo e os deuses”*

(Sócrates)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPB	Código Penal Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IAB	Instituto Avante Brasil
LEP	Lei de Execução Penal
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

RESUMO

ARAGÃO, Patrícia Nunes¹

A manutenção do serviço penitenciário, voltado à execução das penas privativas de liberdade, constitui obrigação do Estado brasileiro, por meio do Poder Executivo. Rege a prestação deste serviço um conjunto de normas legais e infralegais que objetivam alcançar a finalidade da pena sem suprimir os direitos não atingidos pela privação da liberdade. Porém, a realidade dos estabelecimentos prisionais do País demonstra que o Estado brasileiro é descumpridor contumaz desse padrão legal de serviço, o que faz com que o sistema prisional, atualmente, esteja em situação de “falência”. Por outro lado, por disposição constitucional e como consequência do próprio Estado de Direito, o Poder Público é civilmente responsável pelos prejuízos que causar por ações ou omissões no exercício de atividades públicas. Assim, deve responder pelos danos individuais causados aos apenados pela precariedade do sistema penitenciário, mesmo que se exija a prova de “culpa do serviço” para tanto. O Superior Tribunal de Justiça entende que em casos desse tipo a condenação do Estado é inadequada por não resolver a crise do sistema como um todo. O presente trabalho, através do método descritivo-analítico, objetiva examinar a questão relativa à obrigação estatal de indenizar danos sofridos por presidiários em decorrência das más condições do serviço penitenciário, no contexto da responsabilidade pública por omissão. A conclusão é que o entendimento do tribunal não se alinha com as atuais diretrizes da responsabilidade pública, devendo ser revisto.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil do Estado. Serviço penitenciário. Omissão estatal. Danos individuais. Superior Tribunal de Justiça.

¹ Concluinte do Curso de Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	10
1.1	Considerações iniciais.....	10
1.2	Diretrizes normativas do serviço penitenciário no Brasil: como o sistema deveria ser.....	10
1.3	A realidade dos estabelecimentos prisionais: como o sistema é....	16
2	AS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DE APENADOS CONTRA O ESTADO E A POSIÇÃO DO STJ.....	20
3	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO POR DANOS INDIVIDUAIS DECORRENTES DA PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	23
3.1	Considerações iniciais.....	23
3.2	A responsabilidade civil do Estado por omissão e a questão do serviço penitenciário brasileiro.....	26
3.3	Indenização justa ou “pedágio masmorra”?.....	33
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
	ABSTRACT.....	39
	REFERÊNCIAS.....	40
	ANEXO – Íntegra do REsp nº 962.934.....	43

INTRODUÇÃO

A falência do sistema carcerário brasileiro é fato público e notório. É bem sabido que a realidade das penitenciárias e delegacias do país reflete muito pouco do projeto traçado para o cumprimento das penas privativas de liberdade na Lei de Execução Penal em vigor.

A superlotação carcerária, o ócio improdutivo e deletério gerado pela ausência de trabalho e a debilidade da estrutura física dos estabelecimentos prisionais, entre outros problemas, produtos de uma crise no sistema punitivo ora vigente, revelam uma preocupante ineficiência estatal, na medida em que é ao Estado, através do Poder Executivo, que cabe a manutenção e administração do sistema penitenciário do país.

Por outro lado, já há muito se encontra consolidado no direito público o princípio da responsabilidade estatal, consequência lógica do próprio Estado de Direito: todo Estado que se submete à mesma ordem jurídica que produz e aplica, é obrigado a responder por qualquer lesão a tal ordem.

A doutrina de direito público vem demonstrando uma tendência de alargamento da órbita de responsabilidade dos entes públicos, tendo em vista que estes interferem cada vez mais na esfera jurídica dos administrados. Esta inclinação se faz sentir seja em caso de condutas comissivas, seja nas hipóteses de omissão estatal.

À luz deste panorama, o problema a ser enfrentado consubstancia-se na possibilidade de responsabilização do Poder Público em virtude de agravos causados à esfera física ou moral do presidiário pelas más condições do meio carcerário – ligadas, em sua maioria, ao excesso de aprisionados em um mesmo espaço físico.

A análise do tema passa pela questão da visível ineficiência estatal na manutenção dos estabelecimentos prisionais brasileiros e de como esta falha deve ser encarada em face dos atuais fundamentos da responsabilidade patrimonial do Estado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que conceder indenização em casos assim seria o mesmo que instituir uma espécie de “pedágio masmorra”,

em nada resolvendo o problema da crise do sistema penitenciário. Assim, procurar-se-á, também, examinar criticamente esta decisão.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o Estado brasileiro assumiu importantes obrigações na Lei de Execução Penal em vigor, não podendo ficar imune a responder pela omissão em seguir um padrão de serviço público que ele mesmo estabeleceu.

O método aplicado é o descritivo-analítico, por meio do qual há a descrição de uma realidade fática com consequências jurídicas, e um posicionamento crítico (analítico).

A abordagem do tema será dividida em três partes. Inicialmente, analisar-se-á o corpo normativo que rege o serviço público penitenciário no Brasil, bem como a crise estrutural que atinge o sistema. Após, serão expostos exemplos de pretensões indenizatórias por danos ligados a essa crise e o posicionamento do STJ ao julgar o tema no Recurso Especial (REsp) nº 962.934. Em terceiro lugar, serão examinadas as teorias sobre responsabilidade do Estado, especificamente sobre responsabilidade por condutas omissivas, na perspectiva evolutiva da noção de Estado responsável, bem como as atuais tendências do instituto.

Ao final, todo o conteúdo analisado precedentemente oferecerá condições para refletir-se sobre a melhor resposta jurídica para a questão objeto do trabalho, ao tempo em que permitirá a apreciação crítica do já mencionado entendimento do STJ.

1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

1.1 Considerações iniciais

No fim do século XVIII e início do XIX, a prisão se consolidou no mundo como principal instrumento de efetivação da justiça penal. Visto como “pena das sociedades civilizadas”, por ter substituído os suplícios antes impingidos ao corpo do condenado, o encarceramento apresentava, então, uma dupla finalidade: reparação do crime, proporcional à sua gravidade, através da privação da liberdade (finalidade jurídico-econômica); e transformação do indivíduo infrator (finalidade técnico-disciplinar) (FOUCAULT, 2004, p. 196).

Nessa esteira de consagração da pena de prisão, surgiu para o Estado a obrigação de instalar e administrar o serviço penitenciário. É que, quando o Estado, usando de sua soberania, tomou para si o direito de punir, assumiu também o dever de organizar a estrutura necessária para a aplicação da pena.

Esta atividade executiva verdadeira e própria é a parte da execução penal que entra no Direito Administrativo (MIRABETE, 2004, p. 19). Em outras palavras, trata-se de um autêntico serviço público, submetido aos princípios e regras do regime jurídico administrativo².

Sua missão básica é instrumentalizar o alcance da finalidade da pena, que, no caso do Brasil, consiste na reprovação e, ao mesmo tempo, na prevenção da prática criminosa, conforme art. 59, *in fine*, do Código Penal Brasileiro (CPB).

1.2 Diretrizes normativas do serviço penitenciário no Brasil: como o sistema deveria ser

A partir do momento em que o indivíduo é condenado a uma pena privativa de liberdade (ou absolvido com a aplicação de medida de segurança), em

² Conforme ressalta Mirabete (2004, p. 20), para alguns autores, como Renan Severo Teixeira da Cunha, o direito penitenciário não passa de um ramo do Direito Administrativo.

decisão passada em julgado, surge a relação penal-penitenciária entre ele e o Estado: cuida-se de uma relação de custódia por parte do Estado, ou de sujeição especial por parte do apenado, que passa a ser habitante da estrutura carcerária e cria para a Administração, nesta qualidade, uma série de responsabilidades.

O sistema penitenciário, enquanto serviço a cargo do Poder Público (art. 175, CRFB/88), é regido, antes de tudo, pelos valores e princípios gerais aplicáveis à Administração Pública. A começar pela fórmula básica prevista expressamente no *caput* do art. 37 da CRFB/88, a qual determina que o Estado, no exercício das funções administrativas, deve se pautar sempre na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além destes princípios explícitos, há outros abrigados implicitamente no texto constitucional, tais como os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, que igualmente vinculam a gestão penitenciária. Pode-se falar, ainda, no postulado da boa administração, oriundo do direito italiano, que consiste, segundo Falzone (apud Mello, 2012, p. 125), em “desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados”.

Por fim, a atuação da Administração Pública, seus poderes e funções limitam-se pelas disposições da Constituição. O valor e direito base consagrado na nossa Carta Fundamental de 1988 é, sem sombra de dúvida, a dignidade humana, de que decorrem todos os outros direitos fundamentais e segundo a qual deve se pautar a atividade pública.

Quanto às regras específicas da prestação do serviço penitenciário, estão as mesmas previstas na Lei de Execução Penal brasileira (LEP). O citado diploma se inicia declarando que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º, LEP).

Assim, além do aspecto formal de cumprimento do título executivo judicial (sentença ou decisão criminal), a execução penal busca adaptar o condenado ao meio social (ressocialização). Segundo Mirabete, o legislador

“[...] adotou o princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar ‘a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade’ [...]. Além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se

no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social, dando guarida, ainda, à declaração universal dos direitos do preso comum que é constituída das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas, editadas em 1958” (2004, p. 28).

O legislador segue o passo, também, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 5.6 prevê que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (art. 5.6).

Disposição basilar da lei está contida em seu art. 3º, *caput*, determinando que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei³. Trata-se de regra de limitação do poder executório do Estado, corolário lógico e jurídico do sistema de direitos e garantias instalado pela Constituição Federal de 1988.

Mirabete (2004, p. 41) afirma que “a relação jurídica de sujeição especial criada com a sentença transitada em julgado não retira ao sentenciado sua condição de sujeito de direito”. Nesta condição, o indivíduo permanece podendo exercer todos os outros direitos que lhe são inerentes e não tenham sido atingidos pela privação da liberdade de locomoção, tais como o direito à vida, à integridade física e moral e à instrução e acesso à cultura. O art. 41 da LEP enumera alguns dos direitos não atingidos pela sanção penal: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; a visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos; entre outros.

Estas premissas devem servir de orientação ao Estado durante todo o período de custódia dos condenados, incluídos os indivíduos egressos do sistema.

De início, a Administração penitenciária deve introduzir o condenado em sua estrutura mediante uma classificação prévia, segundo seus antecedentes e personalidade, possibilitando a individualização da execução penal (art. 5º, LEP). A medida é feita por uma comissão multiprofissional de que deverá dispor cada estabelecimento (art. 7º, LEP), havendo a comissão de elaborar um programa individualizador da pena adequado ao condenado ou preso provisório (art. 6º, LEP).

³ No mesmo sentido, as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da ONU incluem a determinação de que o sistema penitenciário não acentue o sofrimento já inerente à pena privativa de liberdade (item 57, 2ª parte).

A classificação do condenado submetido a regime de cumprimento de pena fechado é feita obrigatoriamente através da realização de exame criminológico (art. 8º, LEP). A Lei de Execução Penal prevê que cada Estado da Federação tenha um Centro de Observação, próprio para a feitura dos exames necessários à classificação dos condenados. Na falta deste centro, a lei permite que os exames sejam feitos no próprio presídio (arts. 96 a 98, LEP).

Iniciado o cumprimento da pena privativa de liberdade, o Estado passa a ter obrigação de prestar assistência ao preso, com vistas, segundo o art. 10 da LEP, a “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Segundo Reale Júnior (apud Mirabete, 2004, p. 63), a intenção do legislador foi afastar a noção de que o Estado submete os apenados, tal como se fossem “enfermos”, a um “tratamento” que os transformaria em “não delinquentes”. Ao contrário, o objetivo legal da assistência é oferecer ao condenado possibilidades para a sua harmônica integração social. Mirabete vê as medidas de assistência ao preso

como exigência básica do sistema. [...] Se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os presos devem ter direito aos serviços que a possibilitem, serviços de assistência que, para isso, devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado. (2004, p. 63).

A laborterapia (arts. 28 a 37, LEP) e o processo educativo do preso (arts. 17 a 21, LEP) constituem-se nos principais meios legais de efetivação da assistência visando a reinserção social, além de servirem de benefício para o condenado, através da remição da respectiva pena (abatimento do tempo de cumprimento).

O diploma legal de execução penal prevê que “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade” (art. 31, LEP). O labor, que pode ser exercido interna ou externamente, é concebido na LEP como “condição de dignidade humana” (art. 28), possuindo finalidade educativa e produtiva, além de servir para custear gastos importantes, como os relativos à indenização do dano causado pelo crime, à assistência da família do apenado e ao ressarcimento do próprio Estado das despesas com a manutenção do condenado.

Para a atribuição do trabalho, devem ser consideradas pela Administração a habilitação profissional, as condições pessoais do preso, suas

necessidades futuras e as oportunidades oferecidas pelo mercado – ou seja, o trabalho deve oferecer condições para a efetiva ressocialização, não sendo legítimo o exercício de atividades que em nada ajudarão o apenado no pós-liberdade.

Quanto à educação, direito público subjetivo também dos indivíduos presos (arts. 205 e 208, § 1º, CRFB/88), deve ser prestada aos condenados que dela careçam por não a terem recebido no lar e na escola. De acordo com a Resolução nº 14/1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que veicula as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas (ONU), “a instrução primária será obrigatoriamente ofertada a todos os presos que não a possuam” e “cursos de alfabetização serão obrigatórios para os analfabetos” (art. 40, *caput* e parágrafo único).

O Poder Público deve, ainda, garantir assistência material, à saúde, jurídica, social e religiosa aos reclusos.

A assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além da disponibilização de locais de venda de objetos não fornecidos pela Administração. A assistência à saúde tem caráter preventivo e curativo, incluindo atendimento médico, farmacêutico e odontológico e acompanhamento à mulher grávida. A assistência jurídica é destinada aos presos e internados sem recursos financeiros para constituir advogado. A assistência educacional, como se disse, compreende instrução escolar e formação profissional do indivíduo recluso, prevendo a LEP, inclusive, que cada estabelecimento terá uma biblioteca, de acordo com as condições locais (art. 21, LEP).

A assistência social está voltada ao amparo do preso e internado e à preparação para seu retorno à liberdade. A assistência religiosa consiste na permissão para participar de serviços, cultos, e possuir livros de instrução religiosa, além da previsão de existência de local de culto no estabelecimento prisional.

A assistência prevista na LEP estende-se ao egresso – isto é, o indivíduo liberado definitivamente, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento, e o liberado condicional, durante o período de prova (art. 26, LEP). Inclui orientação e apoio para a reintegração à sociedade, alojamento e alimentação. Esta espécie de amparo ao ex-presidiário é um dever do Estado como complemento ao trabalho feito dentro da penitenciária e justifica-se, de acordo com Mirabete,

pois a insensibilidade da Administração e da própria sociedade pode anular o resultado das tarefas realizadas no estabelecimento [...]. Toda ausência prolongada acarreta desajustamento [...]. Quando o preso volta para seu antigo ambiente, este não lhe parecerá o mesmo, o que certamente lhe causará dificuldade de ambientação e reajustamento. (2004, p. 64)

Além do dever de assistência, o Estado está obrigado, ainda, à observância de regras mínimas referentes à estrutura dos estabelecimentos penais, a começar pela distribuição física dos apenados em locais adequados a suas características (arts. 82, §§ 1º e 2º, e 84, LEP).

O diploma legal determina que o estabelecimento prisional disponha de áreas e serviços próprios para a assistência, educação (inclusive estágio para estudantes universitários), trabalho, recreação e prática esportiva dos presos; no caso das mulheres, deve haver berçário para as presidiárias cuidarem de seus filhos.

As penitenciárias – destinadas aos condenados à pena de reclusão em regime fechado – e as cadeias públicas – destinadas a presos provisórios – devem contar com celas individuais, dormitório, aparelho sanitário e lavatório; salubridade adequada à existência humana e área mínima de seis metros quadrados (arts. 88 e 104). As penitenciárias femininas devem possuir seção para gestante e parturiente e creche para abrigar crianças de até sete anos, desamparadas em virtude da prisão da responsável (art. 89).

Ademais, o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade, cabendo ao CNPCP fixar o limite máximo de capacidade do prédio (art. 85).

Por fim, a já citada Resolução CNPCP nº 14/1994, que fixa Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, atendendo recomendação do Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, traz importante regra, não abordada pela LEP, referente ao pessoal responsável pela execução do serviço penitenciário.

O documento prescreve que “a seleção do pessoal administrativo, técnico, de vigilância e custódia, atenderá à vocação, à preparação profissional e à formação profissional dos candidatos através de escolas penitenciárias” (art. 49) e “o servidor penitenciário deverá cumprir suas funções, de maneira que inspire respeito e exerça influência benéfica ao preso” (art. 50).

Todas estas diretrizes concorrem para compor um padrão mínimo de atuação do Estado na prestação do serviço público penitenciário. Na precisa lição de Mello (2012, p. 1030), os parâmetros previstos pelo próprio Estado na lei que institui e regula o serviço e nas normas internas que o disciplinam apontam que o Poder Público se auto-obrigou, por força deles, a um “padrão mínimo de aptidão”, que constitui a moldura do serviço adequado e eficiente.

1.3 A realidade dos estabelecimentos prisionais: como o sistema é

A situação do sistema de punição baseado na privação da liberdade é, atualmente, tão precária, que se fala em verdadeira falência desse serviço. Segundo Lopes Junior (apud Maresch, 2014, online), “todo o *discursus re* está em crise, uma vez que a pena de prisão não ressocializa, não reeduca, não reinsere socialmente; pelo contrário, do discurso da prisão somente derivam a reincidência e a rejeição social”⁴.

Na verdade, pouco do que está previsto no corpo normativo disciplinador do serviço penitenciário é de fato realizado.

Dos problemas que afligem o nosso sistema prisional, o da superlotação é possivelmente o maior. Embora a lei preveja que o condenado deve ser alojado em cela individual, a imensa maioria dos estabelecimentos penais brasileiros comporta um número de custodiados muito maior do que sua estrutura permite. Em termos absolutos, o número de vagas no sistema vem crescendo nos últimos anos, mas o déficit em relação ao número de presos se mantém, e em alguns casos se agrava.

Segundo dados do Instituto Avante Brasil - IAB (2014), em 2012, o Brasil tinha a 4^o maior população carcerária do mundo, e a maior da América Latina, com 548.003 custodiados. Em 2014, a população carcerária brasileira subiu para 711.463

⁴ Este enunciado é recorrente na doutrina penal e criminalista, em cujo âmbito é contestado o pretense caráter ressocializador da pena de prisão. No entanto, o objetivo deste trabalho é analisar o sistema carcerário brasileiro *sob a ótica do Direito Administrativo*, ou seja, enquanto serviço público que, bom ou mau, continua sendo a principal resposta do Estado brasileiro à prática criminosa. Assim, toca-se na referida questão apenas para contextualizar a análise do tema, sem se pretender adentrar no mérito da discussão sobre a viabilidade da pena privativa de liberdade para o combate ao crime, assunto afeto às ciências criminais.

presos, incluindo as prisões domiciliares, o que nos levou ao 3º lugar do ranking mundial, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2014).

A situação é agravada pelo aumento da criminalidade e do número de condenações judiciais, muitas vezes motivadas pela necessidade de se evitar a sensação social de impunidade, fruto de uma violência epidêmica dramatizada pela mídia. Gomes (2014, online) analisa com franqueza a questão:

o Estado, como porta-voz não declarado da burguesia econômico-financeira conservadora (que vê o criminoso preso como um degenerado da natureza), que atua por meio dos agentes políticos e jurídicos, acaba impondo todo tipo de excesso impensável, sobretudo prendendo muita gente das chamadas “classes perigosas” (proletariado e “ralé”) que não praticam crimes violentos.

A superlotação carcerária, por sua vez, implica uma série de outros problemas, como a formação de facções criminosas. A inexistência de vagas muitas vezes leva a Administração penitenciária a alojar presos de diferentes classificações em um mesmo espaço, o que contribui para a disseminação da cultura do crime através da interação de indivíduos que não deveriam estar juntos.

Outra grave deficiência do sistema está na precariedade da estrutura física dos estabelecimentos prisionais e sua acentuada insalubridade, que lhes tornam ambientes propícios à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. O descumprimento da LEP continua com a alimentação de má qualidade fornecida aos presos. Estes fatores, somados ao sedentarismo, ao uso de drogas e às péssimas condições de higiene das celas, invariavelmente, resultam na fragilização da saúde dos detentos. Assis (2007, p. 75) relata que

os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões.

O baixo número de servidores públicos atuantes no sistema ajuda a piorar o quadro. Diversos Estados da federação apresentam déficit de agentes penitenciários em relação ao número de presos. A Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que o Poder Público mantenha uma média de 1 (um) agente para cada 3 (três) apenados. Na prática, porém, a situação está longe deste ideal. Para exemplificar, em 2012, conforme dados do Ministério da Justiça (2012), o Estado da Paraíba contava com 1.335 agentes para trabalhar com 8.723 presos e o Estado de São Paulo contava com 22.967 agentes para trabalhar com 195.695 presos.

Além da carência de servidores, os que atuam na prestação do serviço penitenciário são mal preparados para lidar com os apenados. Assis (2007, p. 75) observa que, em meio a várias outras garantias desrespeitadas,

o preso brasileiro sofre principalmente com a prática de torturas e agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. Os abusos e as agressões cometidas por agentes penitenciários e por policiais ocorrem de forma acentuada, principalmente depois de rebeliões ou tentativas de fuga. [...] Na maioria das vezes esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes.

Outro problema que merece destaque é o fornecimento deficiente de trabalho e estudo aos apenados – serviços que, como visto, são a base do plano de ressocialização traçado na LEP.

Informações do Ministério da Justiça (2012) indicam que, em 2012, o Brasil tinha 27.813 indivíduos presos analfabetos, e apenas 8.392 em atividade educacional de alfabetização. Ademais, de um total de 548.003 apenados existentes naquele ano, apenas 111.909 estavam em atividade laboral.

Em muitos casos, o Estado ainda demora a conceder os benefícios legais da progressão de regime ou mesmo a soltura de indivíduos que cumpriram suas penas, situação denunciadora de um desempenho ineficiente – por vezes, negligente – dos órgãos responsáveis pela execução penal.

Some-se a isto o problema da destinação indevida de presos a distritos policiais, em face da falta de vagas nas penitenciárias, implicando no tolhimento de vários dos direitos garantidos pela lei no curso da execução penal, como o de

trabalhar a fim de remir a pena e auferir renda (ASSIS, 2007, p. 76). Esta falha vai de encontro, também, às regras de classificação e distribuição dos apenados nos estabelecimentos conforme as características do indivíduo, do fato criminoso e da pena a ser cumprida (princípio da individualização da pena).

Por fim, deve-se ressaltar, ainda segundo os dados do Ministério da Justiça (2012), que a maioria dos presos brasileiros é de jovens, analfabetos ou apenas com o ensino fundamental, e negros ou pardos. A maioria esmagadora está presa em decorrência do cometimento de crimes patrimoniais e tráfico de drogas: 406.173 de um total de 548.003, em 2012.

O perfil do preso brasileiro descortina uma triste e dura realidade: o sistema penitenciário é um mecanismo de contenção de setores vulneráveis da sociedade, os quais, por não receberem qualquer assistência do Estado e serem vítimas da concentração de renda e da exclusão social, se tornam tendentes à prática criminosa relacionada, invariavelmente, com os delitos patrimoniais e o tráfico de drogas – exatamente os crimes que ensejam mudança na situação econômica do infrator –, cujo alastramento e intensificação incomodam as classes sociais dominantes, concentradoras de renda e patrimônio. Esses indivíduos saem da prisão sem educação e sem trabalho, portando o estigma social da figura do ex-presidiário, que exclui e segrega; a única perspectiva que se lhes apresenta é o retorno ao crime.

As consequências de todo esse contexto de crise em que se encontra o serviço público penitenciário são, entre outras, a ineficácia da prisão enquanto instrumento de ressocialização do indivíduo, a reincidência criminosa, as rebeliões e motins, o contágio de doenças, a formação de facções dentro dos estabelecimentos.

Segundo Paixão (1987, p. 85), os Poderes Públicos brasileiros, antes mesmo de enfrentarem o problema da recuperação do criminoso, “fracassam nos requisitos mínimos de custódia – garantir a existência do prisioneiro e a satisfação de suas necessidades básicas”. O cenário é agravado pela concepção vingativa que a sociedade em geral possui da prisão e da ausência de interesse político em relação à melhora da gestão do serviço penitenciário ou, o que é mais importante, a realização de uma profunda reforma no sistema.

2 AS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS DE APENADOS CONTRA O ESTADO E A POSIÇÃO DO STJ

A situação de crise do serviço penitenciário brasileiro e a posição omissa do Estado diante da mesma tem motivado o ajuizamento de ações indenizatórias por parte de presidiários ou ex-presidiários, nas quais estes objetivam a obtenção de ressarcimento de danos individuais que alegam ter sofrido em decorrência da precariedade do sistema penitenciário.

Os Tribunais de Justiça (TJ) não se posicionam de forma homogênea diante destes casos, mas a maioria dos julgados nega o pedido de condenação do Poder Público. Pela negativa, as decisões apresentam variadas justificativas. Em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) entendeu que não se devem indenizar danos causados por omissões genéricas do Estado na prestação de serviço público essencial⁵. O TJ de Mato Grosso do Sul (MS), por sua vez, entendeu que a condenação do Estado por danos decorrentes da superlotação do estabelecimento penal encontra barreira no princípio da reserva do possível; além disso, concluiu que o caso seria regido pela responsabilidade subjetiva e, não comprovando o autor a culpa estatal, improcedente seria o pedido indenizatório⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 2008, no julgamento do Recurso Especial nº 873.039/MS, chegou a manter acórdão de tribunal local, condenando o Estado a indenizar presidiário por danos sofridos em virtude da superlotação carcerária, no que aplicou a responsabilidade civil estatal na modalidade subjetiva, por entender caracterizada a culpa do ente público, diante da análise prévia dos fatos e provas pela Corte de origem:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação Ordinária de Indenização interposta por presidiário ao fundamento de que sofrera danos morais em razão da superlotação na prisão na qual encontrava-se recluso, em espaço mínimo na cela, na qual

⁵ TJRJ, Apelação Cível nº 00182175020048190001, Relator Desembargador JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 20/08/2013, 1ª Câmara Cível.

⁶ TJMS, Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 3229, Desembargador HORÁCIO VANDERLEI NASCIMENTO PITHAN, Data de Julgamento: 05/02/2007, 1ª Seção Cível

encontravam-se 370 indivíduos presos, quando sua capacidade é de 130, o que denota um excesso de 240 pessoas na carceragem. 2. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da culpa estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicável nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ. [...] 7. *Ad argumentandum tantum*, no mérito melhor sorte não lhe assistiria, isto por que a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. [...] 10. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) [...] 12. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se a forma de execução da pena imposta revela-se tão injusta quanto ao crime cometido ensejador da reprimenda estatal? [...] 19. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a condenação ao pagamento da verba honorária.

(STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/03/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA)

No entanto, o STJ apreciou novamente a questão em 2010, quando do julgamento do Recurso Especial nº 962.934/MS, e, em decisão muito mais política que jurídica, resolveu que não é devida indenização a presidiário por danos experimentados em virtude da precariedade do sistema penitenciário. Na oportunidade, afastou a aplicação do princípio da reserva do possível. Em vez disso, concluiu pela inconveniência e ineficácia da condenação do Estado a indenizar danos morais individuais resultantes da precariedade do serviço penitenciário, pois a medida em nada contribuiria para a melhora do sistema como um todo, já que esta seria, na visão do tribunal, a verdadeira questão a ser resolvida. O recurso ficou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIEDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL.

HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ. 1. Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros. 2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente. 3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados. 4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF. 5. [...] 6. [...] 7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem.

(STJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 13/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA)

Como se vê, o tribunal considerou que conceder indenização por danos individuais sofridos pelo preso em virtude da deficiência do serviço penitenciário seria o mesmo que instituir o que chamou de "pedágio masmorra", ou seja, um pagamento paliativo ao apenado submetido às agruras do estabelecimento penal, sem resolução do problema maior, que é a falência do sistema como um todo.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO POR DANOS INDIVIDUAIS DECORRENTES DA PRECARIIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

3.1 Responsabilidade civil do Estado: considerações gerais

A consciência de um dever geral de não prejudicar a ninguém acompanha a humanidade desde seus primórdios. Na antiga lição de Ulpiano⁷, “*neminem laedere*” [“não lesar a ninguém”] é uma premissa básica do Direito. Dessa ordem de ideias germinou a noção de responsabilidade civil, tida como o dever de responder pelos prejuízos causados à esfera juridicamente protegida de outrem.

A responsabilidade civil aplicada ao Estado é definida por Mello (2012, p. 1009), em conceito bem arrematado, como

a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

A ideia de Estado responsável é hoje difundida universalmente⁸, principalmente em decorrência da consagração do Estado de Direito. Ora, em sendo o Estado *de Direito*, ou seja, submetendo-se à ordem jurídica que produz e aplica, subentende-se que esteja obrigado a responder por qualquer violação a direito protegido por tal ordem.

O fundamento da responsabilidade pública é variado. Podem ser apontados o princípio da legalidade, vulnerado sempre que ocorre uma atuação estatal ilícita que enseja responsabilidade; o princípio da igualdade, tendo em vista o desnivelamento da situação jurídica da vítima, gerado pelo dano e remediado pela indenização; e o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, já que o Estado causa danos no exercício de atividades públicas, que beneficiam toda a

⁷ Eneo Domitius Ulpianus, jurista romano do século II d.C.

⁸ As últimas ordens jurídicas a reconhecerem a responsabilidade pública foram a dos Estados Unidos e a da Inglaterra, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e do *Crown Proceeding Act*, de 1947, respectivamente.

sociedade; logo, quem auferir os benefícios deve também arcar (através do patrimônio público) com os prejuízos causados pela atividade pública.

No sistema jurídico europeu-continental, que muito influencia o direito brasileiro, adota-se um regime publicístico para a responsabilidade do Estado. Isto significa que o instituto é regido por regras de direito público (e não de direito civil) e orientado pela ideia de que o particular está em posição inferior ao Estado na relação administrativa.

Mas esta orientação apenas veio a firmar-se após um longo processo evolutivo, no qual diversas teorias se sucederam para explicar o dever ressarcitório do Estado. No início vigorava a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, representada pela máxima “*the king can do no wrong*” [“o rei não pode errar”]. Avançando, passamos pela fase das teorias civilistas, que reconheciam responsabilidade do Estado apenas em caso de ação culposa do agente público e, para tanto, baseavam-se em regras de direito privado; até chegar às teorias publicistas, que se propunham a resolver a questão da responsabilidade civil do Estado por princípios objetivos, de direito público.

As teorias publicistas de maior importância são a Teoria da Culpa Anônima ou Culpa do Serviço (*faute du service*, na versão original francesa), e a Teoria do Risco.

A primeira desvinculou a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário e inaugurou a noção de culpa do próprio serviço público (*faute du service*), presente sempre que este não funcionasse, funcionasse mal ou tardiamente. Embora de viés publicista, esta teoria adota a responsabilidade civil do tipo subjetiva, por envolver discussão sobre elemento subjetivo (culpa). Nela, os requisitos necessários para a configuração do dever indenizatório são, cumulativamente: o dano, a conduta atribuída ao Estado, o nexo causal entre os dois anteriores e a culpa na provocação do dano.

Por sua vez, a Teoria do Risco, hoje com uma grande amplitude de incidência, responsabiliza o Estado sempre que uma conduta sua seja causa de um dano, independentemente de ter o ente público agido com culpa (mediante um agente ou pelo próprio serviço). Por dispensar a prova de elemento subjetivo, esta vertente teórica emprega a responsabilidade civil do tipo objetiva.

A referida teoria começou a ser aplicada no Direito Administrativo porque os juristas perceberam que era injusto exigir da vítima, parte mais frágil da relação administrativa, prova de culpa, ainda que só do serviço público. Reconheceram que “o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado” e, por isso, “teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 603).

A doutrina é unânime em reconhecer que a atual Constituição Federal, repetindo o que vem sendo feito nas Leis Maiores desde 1946, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo⁹, em seu art. 37, § 6º, *in verbis*:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Embora os autores admitam que a responsabilidade objetiva é a regra no direito público brasileiro, discutem se, paralelamente a ela, permanecem em nossa ordem jurídica hipóteses de aplicação da responsabilidade subjetiva¹⁰. Para quem defende que sim, a responsabilidade subjetiva teria se mantido aplicável em determinados casos, como os de condutas estatais omissivas.

Em suma, e para além das discussões sobre o tipo de responsabilidade a ser empregada, o fato é que, se o Estado descumpra a ordem jurídica por ele instituída, violando direitos que deveria proteger, deve responder pelos prejuízos daí resultantes.

Nesse contexto, observa-se que campo de atuação do Poder Público tem se ampliado; as funções públicas atingem um sem-número de pessoas, muitas vezes com um alto grau de intensidade; além disso, os limites da presença do Estado na vida dos administrados são fixados pelo próprio ente público, não tendo

⁹ No Direito Administrativo, a teoria do risco apresenta as modalidades: a) do risco administrativo, que responsabiliza objetivamente o Estado mas admite a existência de causas excludentes de responsabilidade (culpa da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior); e b) do risco integral, que não admite a existência de causas excludentes de responsabilidade, respondendo o Estado objetivamente mesmo em caso de culpa da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior.

¹⁰ Contra, entendendo que aplica-se a responsabilidade objetiva estatal para qualquer caso, Meirelles (2012). A favor da permanência da responsabilidade subjetiva estatal em certos casos, Mello (2012).

aqueles como esquivar-se dessa presença. Tais circunstâncias contribuem para uma tendência de aumento do risco que deve assumir o Estado no desempenho de suas atividades e a necessidade de ampliação da proteção jurídica dos particulares sujeitos à atuação pública.

Com a CRFB/88, valores como a solidariedade social e a justiça distributiva (art. 3º, I e III) impuseram a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem de atos legislativos (SCHREIBER, 2005, *online*). Estes valores, juntamente com o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, reforçam a tendência de alargamento da responsabilidade civil do Estado.

A Lei Máxima de 1988 contribuiu, ainda, para uma maior valorização da vítima, ao colocar o homem e seus atributos no centro do ordenamento jurídico, fazendo dele “a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82). Assim, na análise da presença ou não do dever indenizatório, a injustiça do dano e suas consequências têm maior peso que a conduta geradora do agravo. Em uma palavra, o foco passa a ser o “dano sofrido”, ao invés de o “dano causado”.

3.2 A responsabilidade civil do Estado por omissão e a questão do serviço penitenciário brasileiro

Tanto o *agir* quanto o *não agir* do Poder Público são capazes de gerar danos ao particular. No segundo caso, o prejuízo resulta diretamente de um evento alheio ao Estado, mas cuja ocorrência só se deu devido à omissão estatal, que criou o ambiente decisivo para a concretização do dano. Por não agir, omitindo-se no cumprimento de seus deveres, o ente público suscitou condições para a produção do evento danoso, sendo, por isso, responsável pelo mesmo.

As omissões públicas ensejam importantes discussões, como a referente à reserva do possível, princípio aplicado pelo Judiciário como forma de limitação à concessão desarrazoada de indenizações.

Fruto de criação jurisprudencial germânica¹¹, a cláusula da reserva do possível determina que a implementação de determinados serviços públicos se encontra condicionada à disponibilidade de recursos e de meios do Estado, motivo pelo qual a postulação de prestações inexecutáveis por parte do Poder Público deve ser rechaçada. O direito brasileiro adicionou ao postulado da reserva do possível os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, diante de uma omissão do Estado, examina-se, no caso concreto, se os recursos (financeiros, materiais, humanos) de que este dispõe lhe permitiriam, razoavelmente, agir na hipótese, evitando ou minorando os efeitos do dano demonstrado pela vítima.

Conforme se deixou entrever anteriormente, há na doutrina brasileira uma celeuma sobre o tipo de responsabilidade aplicável às condutas estatais omissivas.

Firmaram-se, basicamente, duas correntes teóricas: uma que se posiciona pela aplicação da responsabilidade objetiva (sem culpa) às omissões do Estado – assim como ocorre nos atos comissivos¹²; e outra que defende a aplicação da responsabilidade subjetiva nas omissões estatais, exigindo, portanto, demonstração de culpa do Estado em omitir-se¹³.

Examinemos em detalhes cada uma delas.

Quanto à primeira corrente, que defende o emprego da teoria objetiva com fundamento no risco administrativo às omissões do Estado, entendem os seus partidários que o art. 37, § 6º, da CRFB/88, veiculando a regra da responsabilidade pública objetiva, se refere tanto a ações quanto a omissões do Estado. Assim, interpretam o termo “causarem”, do texto do dispositivo, como “causarem por ação ou omissão”.

Segundo a corrente em análise, são requisitos para a configuração do dever indenizatório do Estado a omissão estatal ou fato administrativo, o dano e o nexo causal entre omissão e dano, dispensando-se qualquer discussão a respeito de culpa, seja do serviço, seja de eventual agente público.

¹¹ Em caso paradigmático julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, cunhou-se a expressão “Des Vorbehalt des Möglichen”, traduzida para o português como “reserva do possível”.

¹² São adeptos desta corrente doutrinária, segundo informam Gandini e Salomão (2003, *online*), José de Aguiar Dias, Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Yussef Said Cahali, entre outros.

¹³ Compartilham deste entendimento Maria Helena Diniz, Odília Ferreira da Luz, Caio Tácito, Themístocles Brandão Cavalcanti, Maria Sylvia Zanella di Pietro, entre outros (GANDINI e SALOMÃO, 2013, *online*).

O fato administrativo é, segundo Carvalho Filho (2010, p. 605), qualquer “conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público”. O dano é “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73), podendo ser patrimonial, moral ou estético. O nexo causal, por sua vez, é a relação direta, de causa e efeito, entre a conduta imputável ao ente público e o dano sofrido. Nas palavras de Cavalieri Filho:

“o conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. [...] É preciso sempre demonstrar [...] que, *sem o fato alegado*, o dano não se teria produzido” (2010, p. 47).

Meirelles (2012, p. 719), partidário desta tese, embora usando termo relativo à teoria da “*faute du service*” (de viés subjetivista), entende que o Estado responde objetivamente por suas omissões, independentemente da prova de culpa. Em suas palavras, basta “a ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins”.

Medauar (apud Gandini e Salomão, 2003, *online*) destaca que a maioria dos ordenamentos jurídicos da atualidade fundamenta a responsabilidade do Estado na Teoria Objetiva na modalidade do Risco Administrativo, porque esta vertente privilegia a igualdade de todos diante dos ônus e encargos públicos e o próprio sentido de justiça (equidade). Ademais, seria a tese que melhor assegura os direitos da vítima, por dispensar as exigências de identificação do agente causador do dano e da demonstração de dolo ou culpa.

A segunda corrente, da responsabilidade estatal *subjetiva*, entende que o dever indenizatório do Estado em virtude de uma omissão administrativa depende da comprovação de culpa no “não agir” estatal.

Seus adeptos argumentam que o termo “*causarem*”, do artigo 37, § 6º, da CRFB/88, refere-se apenas a atos comissivos, que seriam os únicos capazes de constituírem-se em causa de dano, tendo o vocábulo “*causa*” o sentido de implicação direta de certo evento. Logo, como o dispositivo veicula a regra da responsabilidade objetiva, esta só se aplicaria aos atos comissivos a que o artigo faria referência. Já quanto aos atos omissivos, defendem que não podem ser *causa*

do evento danoso, mas apenas *condição* para sua produção. Para estes atos, empregar-se-ia a responsabilidade subjetiva, sendo necessária a demonstração de culpa do Estado ao não ter agido.

No caso concreto, entendem que seria preciso provar que o Poder Público foi negligente, imprudente ou imperito ou teve o “deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)” (MELLO, 2012, p. 1029). Assim, a omissão deve ser ilícita, pois se o Estado não estivesse obrigado a agir ou agir conforme certo padrão, não haveria razão para responsabilizá-lo por não ter atuado.

A corrente doutrinária em comento pugna pela aplicação da já mencionada teoria da “faute du service”, ou da culpa do serviço, nas omissões estatais. Nessa teoria, como se disse, a culpa ganha conotação publicista, pois em vez de ser atribuída a um funcionário em particular, é atribuída ao próprio serviço público, que apresentaria culpa quando não funcionasse, devendo funcionar; funcionasse mal ou atrasado. O caráter publicista seria incrementado com a presunção de culpa do Poder Público nos casos de falta de serviço, sem a qual o particular ficaria “em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria” (MELLO, 2012, p. 1031-1032).

Por fim, os partidários da tese da responsabilidade subjetiva por omissão estatal, com base na teoria da “faute du service”, ressaltam o conceito de serviço adequado ou eficiente como parâmetro de aferição da culpa estatal, uma vez que esta restaria configurada quando o serviço não funcionasse ou ficasse aquém de um padrão de serviço adequado.

Referido padrão seria definido em função do meio social, de circunstâncias culturais e econômicas e da expectativa do próprio Estado em relação ao serviço. A expectativa do Estado sobre o serviço público que ele presta seria sugerida, entre outros fatores, pelos parâmetros da lei ou das normas internas que instituem ou regulamentam o serviço, na medida em que, através deste regramento, produzido pelo próprio Estado prestador do serviço, pressupõe-se que ele se auto-obrigou a um padrão mínimo de aptidão (MELLO, 2012, p. 1030).

Das correntes doutrinárias apresentadas, a majoritária é a que pugna pela aplicação da responsabilidade objetiva para os casos de condutas omissivas do

Estado. Mas não se pode falar em consenso entre os autores, havendo abalizadas vozes a favor da aplicação da responsabilidade subjetiva às omissões estatais. Na jurisprudência, os tribunais também se dividem entre as duas teorias.

Trazendo este panorama teórico para a perspectiva concreta das ações indenizatórias por danos resultantes da precariedade do serviço penitenciário, temos, inicialmente, que a extrema debilidade do sistema carcerário, o desinteresse em relação a mudanças e a não observância, pela Administração penitenciária, de regras mínimas previstas na lei instituidora do serviço evidenciam uma típica omissão estatal, da qual podem decorrer danos indenizáveis. A crise na prestação do serviço público penitenciário brasileiro se arrasta há décadas e o Estado não tem tomado medidas para conter o seu avanço. A omissão do Poder Público em prestar um serviço minimamente adequado nessa área é publicamente conhecida.

Assim, embora não exista consenso quanto ao tipo de responsabilidade aplicável às omissões estatais, o fato é que, por qualquer das correntes doutrinárias apresentadas, é possível responsabilizar o Estado brasileiro pelos danos individualmente sofridos por presos em decorrência das omissões públicas na prestação do serviço penitenciário.

Caso se entenda pela aplicação da responsabilidade objetiva, deve-se comprovar, como foi dito, a presença de uma omissão administrativa, de um dano, e do nexó causal entre ambos.

Ora, a superlotação carcerária como rotina (e não como excepcionalidade); a ausência, no estabelecimento prisional, de condições físicas para que o preso exerça os direitos previstos na LEP (tal como espaços para estudo e trabalho, creches e berçários para os filhos das apenadas e visita íntima); a manutenção de condições insalubres nas celas; a alocação de presidiários de diferentes classificações em um mesmo espaço; a ausência de atendimento médico; entre outros, são exemplos de relevantes omissões do Estado na prestação do serviço penitenciário.

Essas omissões ensejam, com frequência, prejuízos à esfera física ou moral do apenado, tais como o contágio ou o agravamento de doenças somáticas ou psicossomáticas¹⁴; torturas e ameaças de morte; lesões físicas. Assim,

¹⁴ Mirabete (2004, p. 69) relata que é conhecida a ocorrência da psicose carcerária, constituída de sintomas, síndromes e estados patológicos provocados ou desencadeados pela interação de

demonstrando-se, no caso concreto, tal nexos causal entre dano e omissão na prestação do serviço, caracterizado estará o dever indenizatório do Estado.

De outro giro, em se empregando a responsabilidade subjetiva por meio da teoria da Culpa do Serviço (“faute du service”), sabe-se que, além dos requisitos acima, deve-se comprovar que a omissão apontada foi culposa, decorrendo da não prestação do serviço, da prestação deficiente ou da prestação atrasada. Demonstrada a ausência, a deficiência ou o atraso na prestação do serviço, a responsabilidade do Estado se fixa pela presunção de culpa do serviço.

Nesse caso, o parâmetro de aferição da prestação adequada do serviço é a própria legislação de regência do sistema carcerário¹⁵, por meio da qual o Estado fixou um padrão de serviço a ser seguido por ele próprio. Assim, o descumprimento das referidas normas, o qual ocorre diuturnamente no caso do sistema carcerário, atesta, de *per si*, uma prestação administrativa deficiente e passível de censura.

Há, é verdade, a ressalva de que “nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta responsabilidade” (MELLO, 2012, p. 1022), podendo o Poder Público demonstrar, para afastar a presunção de culpa existente na teoria da “faute du service”, que não procedeu com culpa, atuando segundo “a diligência média que se poderia legitimamente exigir do serviço” (Ob. cit., p. 1022).

Ocorre que, dentro da realidade de muitos estabelecimentos penais brasileiros, tal ressalva é de difícil aplicação diante de circunstâncias como a ultrapassagem desarrazoada do número de presos dentro de uma mesma cela e a ausência de condições mínimas para manutenção de seres humanos em um ambiente que se propõe a “recuperar” seus habitantes.

Desse contexto infere-se claramente que o Estado gestor do sistema não se pautou pela diligência minimamente esperada do serviço penitenciário. Ao contrário, procedeu contrariamente ao Direito ao permitir que a situação se agravasse a ponto de alcançar a crise de todo um sistema. Em suma, temos que o Estado se omite, deixando de cumprir as obrigações que legalmente lhe cabem, e o faz de forma culposa, sendo os danos que podem decorrer desta situação de precariedade perfeitamente previsíveis pela Administração penitenciária.

elementos da situação carcerária: atmosfera opressiva da prisão; frustrações alimentares, de sono, sexuais; más condições de higiene.

¹⁵ Vide Item 1.2, retro.

Dessa forma, adotando-se a doutrina da responsabilidade subjetiva e demonstrada a culpa do serviço carcerário no caso concreto, além dos requisitos do dano, da omissão e do nexo causal, impõe-se, também aqui, a condenação do Estado ao pagamento de indenização ao apenado.

No âmbito de qualquer das aludidas correntes doutrinárias, para que o Estado se desincumba da obrigação indenizatória, não deve adotar argumentos evasivos e de caráter genérico, mas comprovar, no caso concreto, que não agiu com culpa, adotando o cuidado médio esperado na prestação do serviço (caso se aplique a responsabilidade subjetiva pela “faute du service”); ou que inexistente nexo causal entre o dano alegado e a omissão estatal apontada (caso se entenda pela aplicação da responsabilidade objetiva).

Ademais, o princípio da reserva do possível não pode ser indiscriminadamente utilizado como “desculpa” do Estado para não assumir responsabilidade pela precariedade do sistema prisional. Com efeito, a reserva do possível foi concebida para afastar a condenação do Estado ao cumprimento de prestações desarrazoadas em face de seus recursos materiais e financeiros. Acontece que o oferecimento de condições dignas mínimas de cumprimento da pena de prisão longe está de ser uma prestação desarrazoada – ao contrário, insere-se no conceito de mínimo existencial, obrigação do Estado em relação aos seus administrados. Somente depois de garantido o mínimo existencial, pode-se falar em incidência da cláusula da reserva do possível. Na precisa lição do Ministro Humberto Martins (2010),

a reserva do possível não pode servir de instrumento para preterição dos direitos fundamentais. Existe responsabilidade pelas escolhas. Se falta orçamento para determinado serviço público, é porque o dinheiro foi usado em outra despesa, devendo-se analisar se não se está escolhendo irresponsavelmente com o que gastar o dinheiro público [...] Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. [...] Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra

razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial¹⁶.

3.3 Indenização justa ou “pedágio masmorra”?

Após a análise teórica da questão, fica a indagação: como encarar, do ponto de vista técnico-jurídico, o entendimento do STJ sobre o tema, expresso no julgamento do Recurso Especial nº 962.934¹⁷?

Conforme exposto, o STJ entende inapropriada a indenização do apenado por danos morais individuais, pois a medida poderia acabar instituindo uma espécie de “pedágio-masmorra” pago pelo Estado aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, o que em nada contribuiria para a melhora do sistema como um todo. Assim, uma condenação deste tipo faria com que o Poder Público, em vez de garantir os direitos de todos os presos, apenas ficasse obrigado a um pagamento, aos que fossem à Justiça, pela ofensa continuada a seus direitos no âmbito do sistema carcerário.

Embora com respeito à decisão do tribunal e às posições em contrário, entendemos que é devida a indenização do apenado por danos materiais e/ou morais decorrentes da precariedade do serviço penitenciário, sendo esta a solução tecnicamente mais correta; e devendo ser revista a posição do STJ.

Com efeito, o posicionamento do tribunal parte de uma premissa equivocada. É que a ação individual de indenização não busca resolver o problema do sistema como um todo, mas apenas recompor a esfera jurídica do indivíduo postulante, alegadamente lesionada pelo dano. Este é o objeto a ser analisado pelo Judiciário. Assim, soluções globais do problema, embora necessárias e urgentes, não podem ser discutidas em sede de ação individual de indenização.

Por outro lado, se, no âmbito deste instrumento processual, ficar comprovada a ocorrência de um dano certo (identificado e comprovado) e jurídico (causador de lesão a um bem protegido pela ordem jurídica) ao presidiário, e demonstrado que o prejuízo decorreu da precariedade do serviço penitenciário,

¹⁶ STJ, REsp nº 1185474/SC, Relator Min. Humberto Matins, DJ: 20/04/2010.

¹⁷ Vide Item 2, retro.

impõe-se a condenação do Estado ao pagamento de indenização ao custodiado vítima do dano. Tal conclusão permanece mesmo que se entenda pela necessidade de discutir culpa do serviço, uma vez que esta se presume a partir da situação de grave crise na qual se deixou chegar o sistema carcerário nacional.

Como se disse, é possível que o Estado não responda diante de uma hipótese assim, mas para isso deve demonstrar, concretamente, que agiu com a diligência média esperada de sua parte, prestando um serviço adequado (caso se adote a responsabilidade subjetiva); ou que inexistente nexos causal entre o dano alegado e o serviço penitenciário (caso se adote a responsabilidade objetiva). Ademais, se o Estado levantar o argumento de que o caso se insere na cláusula da “reserva do possível”, deve demonstrar que atendeu ao “mínimo existencial” dos indivíduos submetidos à atividade pública, já que, quanto a esse mínimo, não cabe ao administrador exercer juízo de discricionariedade e preterir-lo.

Esta é a solução que se impõe em um Estado de Direito consagrador dos princípios da dignidade da pessoa humana e da responsabilidade estatal; além de ser a mais coerente com o atual estágio da responsabilidade civil das pessoas públicas.

Indenizar o presidiário não soluciona a crise do sistema penitenciário como um todo, é verdade, mas remedia o prejuízo individual gerado pelo dano decorrente da referida crise, além de constituir indiscutível obrigação do Estado sempre que este, comprovadamente, violar os direitos dos indivíduos submetidos ao exercício de seus poderes, afrontando a lei que deveria fazer cumprir.

Ora, o Judiciário condena o Estado a indenizar os particulares pelos mais variados motivos, até mesmo pela prática de atos lícitos que porventura causem prejuízo “anormal” ao administrado. Portanto, com muito mais razão deve condená-lo a indenizar o presidiário que sofre danos em virtude de um serviço penitenciário degenerado e falido diante de autoridades públicas inertes.

A propósito, o próprio STJ, nos casos em que o sistema não dispõe de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento de determinado tipo de pena, determina que o executado cumpra a referida pena em regime menos

gravoso, sob a lógica de que este não pode suportar o ônus da desídia do Estado na gestão do serviço penitenciário¹⁸.

Infelizmente, a sociedade brasileira cultua a ideia de que o preso, por ter descumprido a ordem jurídica, pode ter seus direitos submetidos a toda espécie de violações, entendendo legítimos os sofrimentos gerados pela debilidade do sistema penitenciário.

Na verdade, nem mesmo o descumprimento da ordem jurídica, através do cometimento de crimes, é capaz de justificar o atentado aos mais básicos direitos da pessoa humana levado a cabo dentro das penitenciárias e cadeias públicas do Brasil.

Não é demais ressaltar que o Estado tem feito das prisões um método velado de contenção social, segregando, no mais das vezes, pessoas com baixas condições socioculturais e econômicas, o que resulta em um sistema estruturalmente arruinado abarrotado de miseráveis, os quais não conheceram um Estado promotor de saneamento básico, saúde e educação de qualidade, mas apenas o Estado que processa, pune e encarcera.

A sociedade precisa refletir e entender que a intenção de garantir os direitos previstos em lei aos presos não é oferecer-lhes conforto ou “regalias”, mas apenas criar o ambiente minimamente adequado ao cumprimento dos fins da sanção penal (evitar a prática de novos crimes e tentar ressocializar o condenado), o que, ao fim e ao cabo, beneficia toda a coletividade.

Embora a finalidade ressocializadora da pena seja severamente criticada, sob o argumento de que não pode ser alcançada numa instituição como a prisão, o certo é que não se pode, de logo, suprimir inteiramente a sanção penal de encarceramento. Enquanto não se encontrar alternativa viável, será preciso conviver com o sistema penitenciário e aprimorá-lo, o que não é tarefa impossível – exige apenas mudança de pensamento e iniciativa político-governamental.

Ademais, deve-se ressaltar que as críticas à pena privativa de liberdade no Brasil parecem desconsiderar que a sua finalidade não poderia mesmo ser alcançada se o que está previsto no corpo normativo disciplinador do serviço penitenciário é efetivado em tão pouca medida.

¹⁸ Entre muitos outros no mesmo sentido, citem-se o AgRg no Habeas Corpus nº 286.440/SP, julgado em 24/04/2014, e o Habeas Corpus nº 248.358/RS, julgado em 11/04/2013.

Em suma, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando os estabelecimentos prisionais como depósitos de lixo humano e de seres inúteis ao convívio social, o problema da crise penitenciária e da própria segurança pública será agravado.

Todo este raciocínio deve refletir na decisão que julga uma ação de indenização por danos decorrentes da precariedade do serviço penitenciário. O Estado brasileiro se obrigou a um padrão de prestação do serviço que, em alguns casos, não é atendido sequer em suas regras mais básicas.

Existe, à evidência, um serviço público deficiente, e das omissões do Estado em sua prestação podem decorrer danos ao administrado. Tais danos, desde que demonstrados em processo judicial no qual o Estado tenha plena oportunidade de realizar contraprova, devem ser indenizados, pela regra do art. 37, § 6º, da CRFB/88 e pelas razões de justiça e equidade que orientam o instituto da responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O serviço penitenciário brasileiro é regulamentado por um arcabouço de leis e atos infralegais voltado à constituição de um sistema que se propõe a punir o indivíduo com a privação de sua liberdade de locomoção, ao tempo em que lhe proporciona meios de prover suas deficiências educacionais e laborais, preparando-lhe para o retorno ao convívio em sociedade, desta vez sem inclinações para o crime.

Na prática, o Estado não segue muitas das determinações do padrão de serviço estabelecido em lei, omitindo-se no cumprimento de regras por ele mesmo instituídas. A situação é tal que se fala hoje em “falência” do sistema penitenciário.

Desse contexto de omissões estatais podem resultar, aos apenados, danos causados por elementos ligados à precariedade do sistema: celas superlotadas, insalubridade, ausência de atendimento médico e de serviços adequados de educação e trabalho.

Os princípios mais elementares do Direito Administrativo atribuem ao Estado responsabilidade pelos prejuízos suscitados no exercício da atividade pública, seja por ações ou omissões, por atos ilícitos ou lícitos. Quanto às omissões do Poder Público, a doutrina discute em torno de duas correntes: uma que aplica responsabilidade objetiva (independente de culpa) aos atos omissivos do Estado e outra que aplica responsabilidade subjetiva por meio da teoria da Culpa do Serviço (ou “faute du service”, na versão francesa).

Uma vez que a debilidade do serviço penitenciário é um típico caso de omissão estatal, analisou-se a questão sob o ponto de vista das duas correntes doutrinárias e constatou-se que o Estado brasileiro pode ser responsabilizado mediante a aplicação de qualquer uma delas. Sendo o ponto que as distingue a prova de culpa – exigida na teoria subjetiva e dispensada na teoria objetiva –, e verificando-se, no presente trabalho, que a situação na qual se encontra o sistema penitenciário é, de fato, resultado de culpa do Poder Público, concluiu-se que, objetiva ou subjetivamente, o Estado brasileiro é responsável pelos prejuízos causados aos apenados pela precariedade do nosso serviço penitenciário.

Foi visto, no entanto, que as demandas indenizatórias de presidiários ou ex-presidiários buscando ressarcimento de danos desse tipo vêm sendo, na maioria dos casos, julgadas improcedentes pelo Judiciário brasileiro, a partir de precedente do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 962.934/MS.

O tribunal entendeu que conceder ao preso indenização por dano moral individual seria instituir um “pedágio masmorra”, mediante cujo pagamento o Estado se “livraria” do problema da crise do sistema penitenciário.

Não obstante, a ação individual de indenização busca recompor o patrimônio jurídico lesado pelo dano causado pelo Estado e não resolver o problema do serviço público como um todo.

Assim, o que se quis demonstrar com o presente trabalho foi que, à luz das atuais diretrizes da responsabilidade civil do Estado e dos direitos fundamentais – notadamente o direito à dignidade humana, fonte de todos os demais direitos da personalidade – o Poder Público deve ser condenado a indenizar os prejuízos comprovadamente sofridos pelos presos em decorrência da precariedade do serviço penitenciário.

ABSTRACT

The maintenance of the prison system, regarding the execution of freedom-deprival penalties, is a duty of the Brazilian State, through the Executive Power. This service is governed by a set of legal and infra-legal standards that aim to reach the objective of the penalty without suppressing the rights unaffected by the deprivation of freedom. However, the reality of the prison establishments in the nation demonstrates that the Brazilian State obstinately does not fulfill this legal standard of service, which makes the prison system to be, currently, in a "collapsing" situation. On the other hand, by constitutional disposition and as a consequence of the very Rule of Law, the Public Power is civilly liable for the losses caused by its action or omission while exercising public activities. Thus, it should answer for the individual damages caused to convicts through the precariousness of the prison system, even if proof of "service fault" is needed to do so. The Superior Court of Justice understands that in this kind of case the conviction by State is unfit for not solving the system crisis as a whole. The following assignment aims, through the descriptive-analytical method, to examine the issue related to the state duty to indemnify losses suffered by convicts due to bad prison service conditions, in the context of public responsibility by omission. The conclusion is that the understanding of the court doesn't align with the current guidelines of public responsibility, and should be reviewed.

Keywords: State civil responsibility. Prison service. State omission. Individual damage. Superior Court of Justice.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out. – dez./2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas do Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images_imprensa_diagnostico_de_pessoas_presas_correcao>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 ago. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 ago. 2014.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 01 set. 2014.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 29 ago. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Infopen: *Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Brasileiro*, 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDD82B764AE8544DC2A018450D0D1009C7PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Infopen: *Relatórios Estatísticos - Analíticos do Sistema Prisional de cada Estado da Federação*, 2012. Disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. Resolução CNPCP nº 14, de 11 de novembro de 1994: Trata das regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 2 dez. 1994. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDD4BA0295587E40C6A2C6F741CF662E79PTBRNN.htm>>. Acesso em: 01 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 873.039-MS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 12 mai. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7093516/recurso-especial-resp-873039-ms-2006-0167518-5-stj>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 962.934-MS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 13 abr. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099786/recurso-especial-resp-962934-ms-2007-0145328-6/inteiro-teor-19099787>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi, 17 out. 2003. Disponível em: <com.br/artigos/4365>. Acesso em: 4 set. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Violência epidêmica e política equivocada*. Instituto Avante Brasil, 7 fev. 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>>. Acesso em 17 set. 2014.

INSTITUTO AVANTE BRASIL. O sistema penitenciário brasileiro em 2012, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-brasileiro-em-2012/>>. Acesso em: 21 set. 2014.

MARESCH, Caroline Regina. *A gestão pública do sistema penitenciário brasileiro: mazelas e descasos frente aos direitos fundamentais*. OAB-SC, 14 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/gestao-publica-do-sistema-penitenciario-brasileiro-mazelas-e-descasos-frente-aos-direitos-fundamenta/1534>>. Acesso em 6 set. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1987.

SCHREIBER, Anderson. *As Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, ano 6, vol. 22, abr - jun./2005.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 962.934 - MS (2007/0145328-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO (S)
RECORRIDO : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : ALMIR SILVA PAIXAO - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRECARIEDADE DAS CONDIÇÕES DO SISTEMA CARCERÁRIO ESTADUAL. SUPERLOTAÇÃO. INDENIZAÇÃO EM FAVOR DE DETENTO, POR DANO MORAL INDIVIDUAL. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. IDENTIDADE ENTRE CREDOR E DEVEDOR. CONFUSAO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 421/STJ.

1. Em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

2. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela

ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

3. A questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial, mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

4. Ademais, em análise comparativa de precedentes, acerca da responsabilidade do Estado por morte de detentos nas casas prisionais, não se pode permitir que a situação de desconforto individual dos presidiários receba tratamento mais privilegiado que o das referidas situações, sob risco de incoerência e retrocesso de entendimentos em nada pacificados. Precedentes do STJ e do STF.

5. A Defensoria Pública, como órgão essencial à Justiça, dispõe de mecanismos mais eficientes e efetivos para contribuir, no atacado, com a melhoria do sistema prisional, valendo citar, entre tantos outros: a) defesa *coletiva* de direitos (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), por intermédio do ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação das prisões, pondo um basta nas violações à dignidade dos prisioneiros, inclusive com a interdição de estabelecimentos carcerários; b) ações conjuntas com o Conselho Nacional de Justiça; c) acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/1984); d) controle da malversação de investimentos no setor carcerário. Tudo isso sem prejuízo de providências, pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar, ao servidor ou administrador desidioso, responsabilidade pessoal por ofensa aos princípios que regem a boa Administração carcerária.

6. Inviável condenar a Fazenda estadual em honorários advocatícios que remuneram a própria Defensoria Pública, sob pena de incorrer em confusão (credor e devedor são o mesmo ente). Aplicação da novel Súmula 421 do STJ: "Os honorários advocatícios não são devidos à

Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".

7. Recurso Especial provido para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 13 de abril de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 962.934 - MS (2007/0145328-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FELIPE M GIMENEZ E OUTRO (S)
RECORRIDO : GONÇALVES GRISOSTE PACÍFICO
ADVOGADO : ALMIR SILVA PAIXAO - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PRELIMINARES VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE INOCORRÊNCIA PARTE-RECORRENTE REBATE OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA INÉPCIA DA INICIAL PEDIDO QUE DECORRE LOGICAMENTE DA NARRAÇÃO FÁTICA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* ESTADO RESPONSÁVEL PELA EDIFICAÇÃO E REFORMA DOS PRESÍDIOS AUTARQUIA CRIADA PARA ATENDER O FIM ENUMERADO NA LEI QUE A INSTITUI PRELIMINARES AFASTADAS MÉRITO DANO MORAL CARACTERIZADO TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL HONORÁRIOS ADVOCATÍCIO DEFENSOR PÚBLICO PREQUESTIONAMENTO MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO RECURSO IMPROVIDO.

Tendo a parte-apelante impugnado os pontos da sentença objurgada, apontando as razões pela quais, a seu ver, a decisão deve ser modificada, não há falar em violação ao princípio da dialeticidade.

Presentes a causa de pedir e o pedido na ação de indenização, somando-se o fato de que da narração fática decorre logicamente a conclusão, padece de amparo a assertativa de que a exordial é inepta.

A autarquia é criada para atender um determinado fim, cujas atribuições encontram-se enumeradas na lei que a criou. O pedido de indenização está ligado ao sofrimento causado pela superlotação dos presídios e à ausência de melhoramentos estruturais, adequação do aspecto físico, sendo que essas atribuições não se encontram no rol legal previsto para a Agepen. Se a omissão estatal geradora de danos morais é a causa de pedir (relação jurídica posta em juízo) do preso, é parte legítima passiva *ad causam* a pessoa jurídica titular dos deveres constantes nessa mesma relação jurídica (Estado).

O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano a particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo.

Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).

Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 concedeu autonomia funcional à Defensoria Pública que, por via reflexa, deixou de ser um órgão auxiliar do governo e se tornou um órgão constitucional independente, recebendo, também, autonomia administrativa e financeira. Por não estar a Defensoria Pública subordinada ao Poder Executivo, são devidos os honorários advocatícios ao defensor público.

Para o cabimento dos recursos excepcionais é indispensável que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não havendo necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei na decisão recorrida, para que se tenha a matéria como prequestionada.

Recurso improvido. (fls. 337-338)

Foram opostos aclaratórios, rejeitados pela Corte de origem (fls. 377-381).

O recorrente alega violação dos arts. 267, VI, do CPC e 186, 381 e 927 do CC. Argumenta que a condenação do Estado para indenizar o autor, que é presidiário, a título de dano moral em decorrência da precariedade de sua situação,

não irá melhorar as condições do estabelecimento prisional ou contribuir para resolver o problema da superlotação carcerária, carecendo assim o autor de ação. Sustenta ser inviável o pagamento de honorários à Defensoria Pública do próprio Estado, porquanto se trata da mesma pessoa jurídica, incidindo o instituto da confusão, ou seja, credor e devedor são a mesma pessoa.

Ressalta ser indevido responsabilizar o ente público subjetivamente por omissão na prestação de serviço público, porque a hipótese cuida do exercício de poder de polícia. Aduz que inexistente ilicitude ou negligência no fato de não haver recursos públicos para ampliar as estruturas carcerárias. Menciona a aplicabilidade ao caso do *princípio da reserva do possível* diante da escassez de recursos. Requer a reforma do *decisum* para que seja reconhecida: a) a preliminar de carência de ação, ou, no mérito, b) a inexistência de dever de indenizar, mediante pagamento mensal ao recorrido durante todo o tempo em que estiver encarcerado, e c) a inviabilidade na condenação em honorários advocatícios (fls. 389-411).

Contra-razões apresentadas (fls. 441-454).

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso, tão-somente para isentar o Estado do pagamento das custas e honorários à Defensoria Pública (fls. 468-479).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): A irrisignação merece acolhida. O Tribunal de origem consignou, por maioria e vencido o relator, que as condições insalubres a que o recorrido estava submetido no estabelecimento prisional fazem jus à concessão de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 3.000,00, mais juros de mora na taxa de 1% ao mês. O referido valor deverá ser pago pelo Estado de Mato Grosso do Sul enquanto o condenado estiver cumprindo pena.

Apesar de as razões principiológicas em especial a dignidade da pessoa humana e a violação do mínimo existencial terem servido de norte à tese vencedora, não vislumbro qualquer razoabilidade ou mesmo proporcionalidade em onerar o ente estatal com mais uma rubrica despida de finalidade pública, em sua essência.

Com razão o voto vencido, ao mencionar que há "necessidade de se ter uma melhoria urgente no sistema prisional, o qual deverá ser feito por meio de construções e reformas, e não de pagamento pecuniário aos apenados" (fl. 349).

Não se trata de aplicação da *cláusula da reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*), consagrada pelo *Bundesverfassungsgericht* tedesco, que pode ser traduzida como a "possibilidade do indivíduo em exigir racionalmente certas medidas da sociedade (...) para concretização de direito fundamental tido como violado" (BVerfGE 33, 333: *Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann* . In : Garcia, Rafael B. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística* . SP: Revista dos Tribunais, vol. 879, jan/2009, pp. 62-98; p. 67, nota 18).

Igualmente não se está a averiguar se o dano moral é devido, pois, caso assim o fosse, incidiria o óbice sumular 7/STJ, conforme precedentes que se transcrevem:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, ser a indenização por danos morais indevida. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 869.599/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado monocraticamente em 6.5.2009, DJ 7.2.2008, p. 298)

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, ser indevida a indenização por danos morais. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 807.659/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6.3.2007, DJ 7.2.2008, p. 298)

A tese que prevaleceu parte de dois pressupostos equivocados, a saber a) deve haver indenização com função pedagógica, para fins de melhoria do sistema carcerário, e b) há necessidade de apaziguar o sofrimento do recorrido de modo pecuniário.

Observo contradição entre ambas as premissas, porquanto, a rigor, quanto mais verbas públicas forem colocadas à disposição do patrimônio particular de um detento, é evidente que, em dado momento, os recursos estarão muito mais parcos do que já estão, comprometendo ainda mais a manutenção das condições carcerárias.

Não faz muito sentido tirar verbas do caixa do Estado para indenizar, individualmente, por dano moral, um ou só alguns presidiários, quando o desconforto do ambiente prisional afeta a todos. A compensação financeira da ofensa moral individual, em tais circunstâncias, só servirá para mascarar, nunca para reduzir, acabar ou solucionar, a dor coletiva, a vergonha que é o sistema prisional em todos os Estados do País.

A permitir tal entendimento, estar-se-ia admitindo um papel absurdo do Estado como segurador universal: ou seja, sempre que algum serviço público essencial do Estado for falho e isso é uma realidade nacional, não apenas "privilégio" do Estado recorrente, em vez de uma solução global e racional, com medidas planejadas estrategicamente a médio e longo prazo, buscar-se-á uma saída "meia-sola" (de preferência financeira), sem a menor repercussão na melhoria do sistema como um todo.

Argumentando-se com a técnica da *reductio ad absurdum*, a tese vencedora no acórdão de origem possibilita concluir que é muito mais intolerável a

situação de mero desconforto individual de um condenado do que casos em que detentos sofrem violação na sua integridade física (e não apenas moral).

Esse é um entendimento que conflita com as seguintes situações:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO (ART. 5º, XLIX, CF/88). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. SÚMULA 07/STJ.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.

2. A aferição acerca da ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interdita em sede de recurso especial por força da Súmula 07/STJ. Precedentes desta Corte: RESP 756437/AP, desta relatoria, DJ de 19.09.2006; RESP 439506/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 01.06.2006 e RESP 278324/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006.

3. *In casu*, o Juiz Singular e Tribunal local, com ampla cognição fático-probatória, concluíram pela obrigação de indenizar do Estado, ao argumento de que o ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, XLIX) sendo dever do Estado

garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 936.342/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 20.05.2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA (VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM PRESÍDIO. ESGANADURA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. *ONUS PROBANDI* DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA *A QUO*. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA.)

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. Considerando a decisão embargada no sentido de que "mesmo cometido o fato danoso por colega de cela e mesmo havendo culpa concorrente da própria vítima no evento - o que não se encontra configurado nos autos - ao Estado cabia, primeiramente, a ação preventiva à tais incidentes através da separação de indivíduos cuja personalidade demonstrasse inclinação à violência gratuita, e, num segundo momento, a ação repressiva quando dos fatos, evitando o resultado morte.(...) Presente a responsabilidade estatal quanto ao fato danoso, devida é a indenização pelos danos dele advindos impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais.

3. A utilização do indexador" salário mínimo "na fixação de indenização por danos morais é admitida pela jurisprudência desta Corte. Precedentes: REsp nº 737.797/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28.08.06, REsp nº 790.090/RR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10.09.07; REsp 1026088/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA,

julgado em 03.04.2008, DJ 23.04.2008;REsp 713.764/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2008, DJ 10.03.2008;REsp 792.416/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 17.08.2007.

4. A apreciação dos pedidos referentes à inversão dos ônus sucumbenciais e fixação da verba honorária merece acolhida, porquanto restaurada a sentença de fls. 115 no voto vencedor, também neste ponto, verbis:Parcialmente sucumbentes, arcarão os autores com 40% das custas processuais, cabendo ao demandado os outros 60%. Honorários ao procurador dos demandantes em 10% sobre o valor da condenação, e ao Estado em 5%, também sobre o valor da condenação, considerados o trabalho desenvolvido e o tempo despendido (art. 20, 3º do CPC). Inexigível a verba sucumbencial dos demandados face a Assistência Judiciária Gratuita, forte no art. 12 da Lei 1060/50"(fls. 115)

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

(EDcl no REsp 944.884/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Pimeira Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 3.11.2008)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE DETENTO. REBELIAO. EXISTÊNCIA DO DANO. NEXO DE CAUSALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no Ag 986.208/MT, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSAO. ART. 381 DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

1. O Estado responde objetivamente por dano advindo de morte de detento provocada por demais presidiários dentro do estabelecimento prisional.

2. Nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública, o Estado não paga honorários advocatícios.

3. Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 381 do Código Civil atual).

4. A circunstância de o valor fixado a título de indenização por danos morais ser inferior ao pleiteado não configura hipótese de sucumbência recíproca (CPC, art. 21).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 713682/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 1.3.2005, DJ 11/04/2005, p. 286)

Em conflito com a tese, veja-se o entendimento da Corte Suprema, *verbis*

:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DO SERVIÇO. C.F., ART. 37, 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falha do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Crime de estupro praticado por apenado fugitivo do sistema penitenciário do Estado: nesse caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o crime de estupro, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato. Precedentes do STF: RE 369.820/RS, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 27.02.2004; RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "DJ" de 19.12.1996; RE 130.764/PR, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

(RE 409203, Rel. Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 20.4.2007 PP-00102

EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido

(RE 369820, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 4.11.2003, DJ 27.2.2004 PP-00038 EMENT VOL-02141-06 PP-01295)

Em resumo, há evidente choque de entendimentos polêmicos: por um lado, assevera-se que o Estado deve pagar ao delinqüente uma quantia mensal pelo fato de suas condições de carceragem não serem as melhores; por outro, o Estado não deve pagar nada a um cidadão que, sem ter praticado qualquer delito, é privado do convívio de um ente querido, pelo fato de este ter sido executado por um fugitivo, ou de ter tido sua integridade física e moral violada por um ex-detento.

Note-se que em todas as situações acima há também uma falha do serviço estatal, assim como constatado no presente caso.

Nunca é demais lembrar que o sofrimento pelas condições dos detentos igualmente se divide com seus familiares, em especial quando o condenado sustentava o núcleo familiar. Nesses casos, o papel da Defensoria poderia ser mais bem aproveitado, no sentido de buscar a concessão de auxílio-reclusão aos dependentes dos detentos (art. 80 e seguintes da Lei 8.213/91).

No âmbito coletivo, a Defensoria dispõe de inúmeras possibilidades de contribuir para a melhoria no sistema prisional. Vejam-se, por exemplo, as ações conjuntas desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça com os Tribunais e os órgãos auxiliares da Justiça e entes do Governo Federal diretamente ligados à problemática (e.g., Departamento Penitenciário Nacional): Programa *Começar de Novo*, Comissão de Acompanhamento do Sistema Prisional, mutirões carcerários conduzidos país a fora, entre outros (vide em: www.cnj.jus.br).

Todas essas ações contam com a efetiva participação das Defensorias estaduais, alcançando tamanha importância que o CNJ criou, por Lei Federal, o *Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas* (Lei 12.106/09).

Infelizmente, a Defensoria Pública mato-grossense-do-sul parece, com ações pulverizadas desta natureza, estar canalizando sua energia para áreas menos efetivas que o devido acompanhamento da progressão de regime (art. 112 da Lei 7.210/84), no âmbito individual, e o controle da malversação de investimentos no setor carcerário, no âmbito coletivo neste caso, deixando de lado importantes instrumentos que recentemente passaram a seu domínio (e.g., art. 5º, II, da Lei 7.347/85), i.e., o ajuizamento de Ação Civil Pública, para resolver, de forma global e definitiva, o grave problema da superlotação carcerária. Tudo isso sem prejuízo de providências pelo Ministério Público, no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, com o objetivo, se for o caso, de imputar ao servidor ou administrador desidioso a responsabilidade pessoal por ofensa ao *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Numa palavra, em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do

problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma "bolsa-indignidade" pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente.

A situação do sistema prisional é grave e merece *solução global*, não apenas pontual. Nesse sentido a orientação do Conselho Nacional de Justiça:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. NATUREZA JURÍDICA. COMPETÊNCIA. ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL. IMPROVIMENTO. I. A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC 5220/MG e RMS 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF: HC 64347/SP e HC 67221/PR; STJ: CComp 40326/RJ). II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP. III. *O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes*, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de administração penitenciária,

ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2.º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF 45). IV. Procedimento de controle administrativo a que se nega provimento.

(PCA 200810000002397, Rel. Conselheiro Jorge Maurique, julgado em 9.4.2008, *grifos nossos*).

Por fim, verifica-se que a matéria está sendo submetida a uma análise mais detida pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá, como intérprete final das diretrizes constitucionais, orientar o entendimento dos Tribunais no que tange ao direito supralegal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. AGRAVO PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VISTA À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.

(AI 733876, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/02/2009, publicado em DJe-039 DIVULG 27/02/2009 PUBLIC 02/03/2009)

Não obstante ficar prejudicada a seguinte questão, caso prevaleça o entendimento exposto, mister destacar que, igualmente, no que tange aos honorários arbitrados em favor da Defensoria Pública, a decisão de origem merece reparo.

Aplica-se, aqui, a novel Súmula 421 desta Corte Superior, segundo a qual "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial para restabelecer o entendimento esposado no voto do relator de origem .**

É como **voto** .

CERTIDAO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília, 13 de abril de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária